

PARIS

47 rue de Monceau
75008 Paris
Tél. 01 53 96 20 00 - Fax. 01 53 96 20 01

LYON

7 rue de Bonnel
69003 Lyon
Tél. 04 72 61 75 15 - Fax. 04 72 61 75 89

NANTES

4 rue Maurice Sibille
44000 Nantes
Tél. 02 53 44 69 00 - Fax. 02 53 44 69 36

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 - Montpellier
Tél. 04 67 58 01 86 - Fax. 04 67 58 84 32

www.simonassociés.com



François-Luc SIMON

Associé-Gérant
Docteur en droit
Membre du Collège
des Experts de la FFF

**ACTUALITÉ
SIMON ASSOCIÉS
Page 12**

Septembre 2011

Chers Lecteurs,

La présence de SIMON ASSOCIÉS au Salon de la Franchise de Moscou est l'occasion de poursuivre notre panorama de la Franchise dans le Monde en consacrant une étude dédiée à la Franchise en Russie (page 2). Ce numéro comprend également et surtout, comme à l'accoutumée, l'analyse des principales décisions récemment rendues en franchise (page 6), en concurrence et distribution (page 9) ainsi qu'en droit des marques (page 11). Comme toujours, nous revenons enfin sur notre actualité (page 12).

Très bonne lecture.

SOMMAIRE

| | |
|---|------|
| ETUDE : | |
| La Franchise en Russie (Données économiques et juridiques) | p.2 |
| FRANCHISE : | p.6 |
| CA Paris, 14 septembre 2011, RG n°09/02320 <i>Utilisation abusive des signes distinctifs postérieurement à la résiliation du contrat de franchise</i> | |
| CA Bordeaux, 31 août 2011, RG n°10/02837 <i>Demande de délais de paiement par un franchisé</i> | |
| CA Colmar, 19 juillet 2011, RG n°09/00837 <i>Absence de savoir-faire, nullité et requalification du contrat de franchise</i> | |
| CA Colmar, 19 juillet 2011, RG n°09/04846 <i>Violation de la clause de non-concurrence et tolérance du franchiseur</i> | |
| CONCURRENCE ET DISTRIBUTION : | p.9 |
| Cass.com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-17.963 <i>Les ristournes conditionnelles peuvent figurer sur les factures</i> | |
| TPIUE, 9 septembre 2011, aff. T-12-06 <i>L'immunité totale refusée à l'entreprise dénonçant une entente, faute de coopération totale</i> | |
| MARQUES : | p.11 |
| CA Paris, 9 septembre 2011, RG n°10/10955 <i>L'intérêt à agir en déchéance d'une marque</i> | |
| Cass.com., 12 juillet 2011, pourvoi n°10-22739 <i>L'usage d'une marque comme titre d'une œuvre n'est pas une contrefaçon</i> | |

LA FRANCHISE EN RUSSIE

La Russie est actuellement l'une des plus importantes économies mondiales. Elle sera ici présentée sous ses principaux aspects économiques (I) et juridiques (II).

I. CONTEXTE ECONOMIQUE

▪ Données macro-économiques

| | |
|-------------------------|---------------------------------|
| Population 2011 | 142 914 136 hab. |
| Superficie | 3.287.590 km ² |
| Densité 2011 | 8,3 hab./km |
| PIB (nominal) 2010 | 1.479 Md\$ (11 ^{ème}) |
| PIB/hab. 2010 | 10.440 \$ (45 ^{ème}) |
| PIB (PPA) 2009 | 2.116 Md\$ (7 ^{ème}) |
| PIB (PPA)/hab. 2010 | 7.918 \$ (47 ^{ème}) |
| Taux de croissance 2010 | 4 % |
| RNB/hab. (PPA) 2010 | 19.190 \$ (3 ^{ème}) |
| IDH 2007 | 0,719 (65 ^{ème}) |
| Taux d'alphabétisation | 99,6 % |
| Espérance de vie 2008 | 67,2 ans |

Membre du G8, la Russie (Fédération de Russie) doit son importance dans l'économie mondiale (11^{ème} en matière de PIB nominal) notamment à la richesse de ses ressources naturelles et à ses compétences scientifiques et techniques qui sont parmi les plus avancées au monde.

La Russie est une république fédérale composée de 83 « sujets » qui, bien que jouissant d'une représentation égale au sein du Conseil de la Fédération, disposent de degrés d'autonomie différents par rapport au pouvoir fédéral.

Avec une superficie de 17.075.400 kilomètres carrés (31 fois la France), la Fédération de Russie constitue le plus vaste État du monde. Les données relatives à la densité moyenne de la population de Russie (8,3 habitants au kilomètre carré en 2011) doivent être affinées. En effet, le territoire russe est peuplé de manière très inégale : 80 % de la population vit dans la partie européenne de la Fédération de Russie, c'est-à-dire à l'ouest de l'Oural, sur un territoire ne représentant qu'un quart de la surface totale du pays.

Moscou et Saint-Pétersbourg représentent 50 % dans la consommation du pays. Si Moscou reste indéniablement le cœur économique du pays, la consommation croît régulièrement dans les ré-

gions. Celles-ci présentent ainsi un potentiel intéressant pour les investisseurs étrangers. On citera notamment à ce titre les métropoles régionales de plus d'un million d'habitants comme Ekaterinbourg, Kazan, Nijni-Novgorod, Novossibirsk, Rostov et Samara.

La Russie a connu entre 2000 et 2008 une croissance moyenne forte de l'ordre de 7% par an (8,1 % en 2007, 5,6 % en 2008) puis a été durement frappée par la crise économique (présentant une récession de près de 8% en 2009), qui a entraîné une forte hausse du chômage (près de 10% de la population active en 2009, selon l'agence russe Rosstat).

La croissance s'est rétablie progressivement depuis la fin 2009, atteignant 4 % pour l'année 2010. Les dernières projections du FMI pour 2011 et 2012 prévoient une croissance respectivement de 4,8 et de 4,5 %.

La Russie est actuellement la 11^{ème} puissance mondiale en termes de PIB (en valeur nominale) et la 7^{ème} en parité de pouvoir d'achat. Les services (64,4 %) et l'industrie (30,6 %) représentent la majeure partie du PIB, l'agriculture en représentant 5%.

Malgré une ouverture importante dans les années 1990, la Russie est un marché avec des barrières commerciales plus importantes que dans les autres pays industrialisés.

A la suite de la crise économique en 2009, le volume des échanges commerciaux de la Russie a diminué de 35,1% par rapport à l'année 2008 et n'a atteint que 495,8 milliards de dollars américains. Pourtant, la balance commerciale russe reste très excédentaire (soit 112,1 Md\$ en 2009), du fait des exportations d'hydrocarbures et d'armement. La Chine est le premier partenaire commercial de la Russie. Le commerce entre les deux pays a atteint 58,8 milliards de dollars américains en 2008.

Les pays de l'ex-URSS représentent désormais moins du quart du commerce extérieur russe.

La Russie est l'un des partenaires commerciaux stratégiques de l'Union Européenne. L'Allemagne est, dans ce cadre, le premier partenaire commercial du pays.

La France est aujourd'hui le 9^{ème} partenaire commercial de la Russie et le 6^{ème} investisseur dans le pays (principalement dans les domaines de l'intermédiation financière, l'industrie manufacturière, l'industrie automobile ou agroalimentaire et la grande distribution). Plusieurs grandes sociétés françaises ont racheté des entreprises russes (Société générale/Rosbank) ou pris d'importantes participations (Renault/Avtovaz, Alstom/Energomash, Danone/Wimm-Bill-Dann, Total/projet gazier Shtokman). Plus de 500 entreprises françaises sont implantées en Russie, essentiellement à Moscou.

▪ **Données spécifiques à la franchise**

– **Historique**

La franchise est apparue en Russie dans les années 90 par le biais de l'implantation de réseaux internationaux (Kodak, Subway, Xerox, par exemple), puis par le développement de réseaux d'origine russe.

La franchise représente une place de plus en plus importante dans l'économie russe.

Le secteur de la franchise s'organise au sein d'une association : l'association russe de la franchise (RAF) créée en 1997 afin de promouvoir le développement de la franchise en Russie. La RAF est membre du Conseil Mondial de la Franchise (World Franchise Council).

– **Statistiques**

Au début de l'année 2010, selon les statistiques de la RAF, la Russie comptait 350 réseaux de franchise (soit une augmentation de 21% par rapport à l'année 2008).

Le marché de la franchise est dominé par le commerce au détail – 57 % du secteur (essentiellement le prêt-à-porter, en particulier à Moscou) – la restauration – 16 % – et les activités de service – 25 % (ce secteur connaît un succès croissant). Le secteur de production reste peu développé. La répartition géographique du développement de la franchise correspond à la logique générale de l'économie russe. Ainsi, les réseaux sont principalement implantés à Moscou (72 %), à Saint-Pétersbourg (13 %) et dans les métropoles régionales de plus d'un million d'habitants (Ekaterinbourg, Kazan, Nijni-Novgorod, Novossibirsk, Rostov et Samara). Les réseaux s'implantent de façon croissante dans les petites villes régionales (Kursk, Orel, Tyumen,...)

– **Incidences économiques**

L'incidence économique de la franchise en Russie n'atteint pas aujourd'hui celle des pays les plus actifs dans le secteur.

Toutefois, malgré la récession économique le secteur de la franchise a amélioré ses performances financières et fourni de nouveaux emplois.

– **International**

Les réseaux de franchise implantés en Russie sont majoritairement d'origine locale : 70% de réseaux sont d'origine russe. On constate par ailleurs l'exportation des réseaux nationaux dans les pays Baltes et la CEI. L'implantation de certains concepts de franchise russes en Europe, en Inde et en Chine est en cours de négociations.

– **Salons**

Buy Brand, le salon de la Franchise à Moscou, a lieu chaque année au début de l'automne. C'est la plus grande exposition de la franchise en Europe de l'Est. Buy Brand a déjà accueilli de nombreuses entreprises étrangères provenant de l'Europe, des Etats-Unis, de la CEI et de la Chine. En 2010, le nombre de participants a doublé par rapport à l'année précédente.

II. **DONNÉES JURIDIQUES**

▪ **Données juridiques directement liées à la franchise**

La loi russe ne connaît pas la notion de franchise. A défaut d'être établie par loi, la réglementation du système trouve sa source dans le chapitre 54 du Code civil russe, consacré à la concession commerciale.

Le concept de concession commerciale est plus restreint que celui de franchise. Par conséquent, afin de pallier l'insuffisance du régime juridique, les parties, en vertu du principe de la liberté contractuelle, peuvent inclure dans leur accord toutes les dispositions utiles pourvu qu'elles ne soient pas en contradiction avec les dispositions légales impératives.

Toutefois, une telle pratique constitue un risque d'insécurité juridique.

En 2010, à l'initiative de la RAF, un certain nombre de propositions législatives destinées à améliorer le cadre juridique relatif à la franchise a été déposé à la Douma.

– **Information précontractuelle**

La législation russe ne prévoit aucune obligation d'information précontractuelle. L'article 1031 du Code civil impose en revanche au titulaire des droits de fournir à l'utilisateur les informations nécessaires à l'exercice des droits qui lui sont accordés en vertu du contrat de concession commerciale. Par ailleurs, les parties ont souvent recours à l'information précontractuelle en pratique.

– **Forme du contrat**

Le contrat de concession commerciale – et donc de franchise – doit être conclu par écrit, à peine de nullité, et doit être enregistré dans le Service fédéral de la propriété intellectuelle, des brevets et des marques (Rospatent).

– **Exécution et extinction du contrat**

Les parties définissent librement les conditions de l'exécution du contrat de concession commerciale (durée, obligations réciproques, résiliation, non concurrence, etc.). Le droit de la concurrence limite néanmoins la liberté des parties.

Le refus de renouvellement est encadré : le titulaire du droit peut refuser de renouveler le contrat, à condition de ne conclure de contrat similaire avec une autre personne pendant trois ans à compter de la date d'expiration du contrat.

Par ailleurs, lorsque le contrat de concession commerciale est conclu à durée indéterminée, la loi prévoit un délai de préavis de 6 mois en cas de résiliation.

– **Modes de résolution des conflits**

La juridiction compétente pour juger les litiges commerciaux est le tribunal de commerce ou tribunal d'arbitrage (à ne pas confondre avec la notion d'arbitrage au sens français).

A l'heure actuelle, une décision de justice rendue par un tribunal français ne peut recevoir l'exequatur simplifiée en Russie.

Cela prive en grande partie de leur intérêt les clauses attribuant compétence aux juridictions françaises. En revanche, l'exequatur des sentences arbitrales peut être obtenue.

– **Marque**

La Fédération de Russie est membre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Elle est partie aux principales conventions internationales régissant le droit de la propriété intellectuelle, notamment, le système de Madrid pour l'enregistrement international des marques.

La marque, pour être protégée sur le territoire de la Fédération de Russie, doit être enregistrée par Rospatent (Service fédéral de la propriété intellectuelle, des brevets et des marques) au Registre d'État des marques.

Le nom d'une personne morale, sa dénomination sociale, doit obligatoirement indiquer le nom complet de la société en langue russe. Ce nom complet en russe peut s'accompagner d'un nom complet en langue étrangère ainsi que d'un nom abrégé en russe et/ou en langue étrangère. Le nom en russe peut être un mot étranger transcrit en russe.

Le droit d'exploitation d'une marque est protégé pendant les dix années qui suivent la date de dépôt du dossier complet auprès de Rospatent. Cette protection peut être prolongée de dix ans. Le nombre de prolongations n'est pas limité.

▪ **Données juridiques périphériques**

– **Droit de la concurrence**

Le cadre juridique de la politique de la concurrence est fixé par la loi fédérale n° 135 FZ « sur la protection de la concurrence » du 26 juillet 2006.

Le Service fédéral anti-monopole (FAS), placé sous l'autorité du Premier ministre est chargé de veiller au respect de l'application de cette législation.

Compétent sur les grands domaines du droit de la concurrence, à savoir les ententes illicites, les abus de position dominante, la concurrence déloyale, le contrôle des concentrations, le FAS a la possibilité d'exercer un contrôle beaucoup plus abouti sur les aides d'État ainsi que sur leurs modalités d'attributions.

En cas d'acquisition, ou de transaction permettant de prendre le contrôle ou une influence directe ou indirecte sur une société ou des actifs russes, la loi prévoit une procédure d'autorisation préalable ou de notification a posteriori auprès du FAS.

La sphère d'application du droit de la concurrence russe peut être étendue aux accords conclus entre des personnes russes et étrangères au-delà des frontières du territoire de la Fédération de Russie s'ils ont un impact sur la concurrence en Russie.

– **Forme des sociétés**

Le Code civil de la Fédération de Russie reconnaît différents types de sociétés.

Conformément à la loi fédérale n° 160 sur les investissements étrangers, toutes les formes de sociétés sont ouvertes aux investisseurs étrangers.

Deux types de sociétés commerciales sont cependant fréquemment utilisés pour la création d'une société en Russie : les sociétés à responsabilité limitée (Obschestvo s'Ogranitchennoy Otvetstviennostiou, soit en abrégé « OOO ») et les sociétés par actions de type fermé (Zakritoye Aktsionernoye Obschestvo, soit en abrégé « ZAO »).

Les différences entre ces deux types de sociétés ne sont pas fondamentales en ce qui concerne leur gestion quotidienne.

Le Service fédéral des impôts est l'unique organe compétent pour l'enregistrement des sociétés de droit russe.

– **Dispositions particulières aux investissements étrangers**

Le principe du traitement national appliqué aux investisseurs étrangers en Fédération de Russie leur permet de bénéficier des mêmes droits que les investisseurs locaux. Toutefois, ce principe ne s'applique pas aux secteurs stratégiques de l'économie russe (aviation, télécommunications, monopoles naturels, transport terrestre, exploitation du sous-sol).

En effet, la Russie avait émis des réserves sur l'article 28 de l'accord de partenariat et de coopération (APC) entre la Fédération de Russie et l'Union européenne concernant l'établissement et l'activité de sociétés européennes sur le territoire de la Fédération. Ces réserves s'appliquent à l'utilisation du sous-sol et des ressources naturelles, ainsi qu'au secteur des services financiers.

La loi fédérale n° 57 FZ du 29 avril 2008 sur « les modalités d'investissements étrangers dans les secteurs à caractère stratégique pour la défense du pays et la sécurité de l'État » définit les activités ayant une importance stratégique pour la Fédération de Russie et dans lesquelles les investissements étrangers doivent être contrôlés et soumis à autorisation.

Quarante-deux activités sont concernées, dans les secteurs les plus divers tels que :

- les activités de prospection et d'exploitation géologique et minière ;
- toute action touchant au nucléaire, y compris la rédaction de documentation sur la sûreté nucléaire ;
- toutes les activités touchant au cryptage des données ;
- la fabrication, l'entretien et la commercialisation de matériel militaire ;
- les activités faisant l'objet d'un monopole naturel ou celles qui sont exercées par un monopole d'État ;
- la radio et la télévision, la presse et l'imprimerie ;
- l'aéronautique et l'espace ;
- la pêche, etc.

François-Luc SIMON

Associé-Gérant SIMON Associés

Docteur en droit

Membre du Collège des Experts de la FFF

DROIT DE LA FRANCHISE

CA Paris, Pôle 5, ch. 4^{ème}, 14 septembre 2011, inédit, RG n° 09/02320

Utilisation abusive des signes distinctifs par le franchisé postérieurement à la résiliation de son contrat

L'arrêt rendu le 14 septembre 2011 par la Cour d'appel de Paris vient compléter une suite de décisions condamnant un franchisé pour avoir utilisé les signes distinctifs d'un réseau de franchise postérieurement à la survenance du terme de son contrat ou à sa résiliation.

En l'espèce, le franchisé avait signé un contrat de franchise le 15 décembre 2003, afin d'exploiter un centre de bronzage à Saint Gratien (95) pour une durée de neuf ans. Après avoir rencontré diverses difficultés d'exploitation dès l'ouverture du centre, le franchisé avait cessé de payer ses redevances de franchise et son franchiseur, au vu de plusieurs mises en demeure restées infructueuses, avait procédé à la mise en œuvre de la clause résolutoire avant de prononcer la résiliation du contrat de franchise à compter du 20 août 2006. Entre temps, le franchisé avait assigné son franchiseur le 26 janvier de la même année en annulation du contrat de franchise considéré, en raison d'un défaut d'information préalable du candidat franchisé et de l'absence de communication d'une méthodologie spécifique et originale.

Au terme d'un jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris :

- le franchisé avait été débouté de l'ensemble de ses demandes,
- il avait été pris acte de la résiliation survenue le 20 août 2006,
- le franchisé avait été condamné au paiement d'une somme de l'ordre de 16.000 euros au titre des redevances demeurées impayées,
- il avait été enjoint au franchisé de rapporter la preuve au franchiseur, au plus tard 45 jours après la signification du présent jugement, qu'il n'utiliserait plus aucun élément, mention, marque, logo, document, signalétique, enseigne, appartenant au franchiseur.

Sur l'appel formé par le franchisé, la Cour d'appel devait confirmer cette solution.

Pour confirmer ledit jugement, la Cour d'appel de Paris retient en effet que « *le parasitisme économique se caractérise par un ensemble de comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire* » et « *qu'en l'espèce il est constant que (le franchisé) a exploité son fonds sous l'enseigne (du franchiseur) postérieurement à la résiliation du contrat de franchise, contrevenant de ce fait aux stipulations de son article 15 ; qu'il a notamment continué l'exploitation de son centre en utilisant l'intégralité des signes distinctifs du réseau de franchise ainsi que cela résulte du constat établi le 28 septembre 2007 par Me G., huissier, ainsi que de l'attestation de Mme J., animatrice du réseau (...); que (le franchisé) s'est ainsi approprié le concept développé par (le franchiseur) sans en payer la contrepartie, le risque de confusion dans l'esprit de la clientèle étant encore accru par le fait que l'exploitation s'est poursuivie dans les mêmes lieux que lorsque l'intéressé était franchisé du réseau (...)* ».

Pour condamner en l'espèce le franchisé au paiement d'une somme de 75.000 euros, la Cour d'appel rappelle ensuite, à juste titre, que le préjudice réparable doit être fixé en fonction « *de la gravité du comportement anticoncurrentiel déloyal considéré et de la durée de celui-ci* ». Ce préjudice pourra être augmenté lorsqu'il est justifié de l'existence d'un candidat franchisé dans la zone de l'ex-franchisé durant la période où celui-ci à abusivement utilisé les signes distinctifs du réseau.

Cette décision consacre une solution parfaitement justifiée et protectrice pour les réseaux de distribution. Elle n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'arrêt, déjà commenté dans notre lettre, rendu le 18 mars 2011 par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, Pôle 1, ch. 4^{ème}, 18 mars 2011, Juris-Data n°2011-005278) qui, dans le cadre d'une procédure de référé, avait condamné un concessionnaire au paiement d'une somme de 115.000 € pour avoir utilisé les signes distinctifs du réseau postérieurement à la résiliation de son contrat d'enseigne.

CA Bordeaux, 31 août 2011, R.G. n°10/02837
Demande de délais de paiement par un franchisé

Le franchisé est (comme chacun sait) débiteur d'obligations financières vis-à-vis de son franchiseur, à raison de l'exécution de son contrat de franchise et, s'il en est, de son contrat d'approvisionnement. Autrement dit, le franchisé est constamment dans l'obligation de payer une redevance de franchise, une redevance publicitaire et, le cas échéant, les marchandises qu'il acquiert auprès de la centrale d'achats du réseau. La crise aidant, il est de moins en moins rare que le franchiseur se heurte à des retards dans l'encaissement de ces sommes, ou qu'il fasse l'objet d'une procédure judiciaire, initiée par le franchisé, tendant à l'obtention de « délais de paiement », en application de l'article 1244-1 du code civil.

Il faut rappeler en effet que, selon ce texte, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues, « *en fonction de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier* » ; l'on rappellera aussi que, dans le cadre de l'application de ce texte, le juge peut prescrire, par décision spéciale et motivée, que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ; le juge pourra également subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

Ce rappel nécessaire étant effectué, se pose la question de savoir, concrètement, dans quelle mesure le franchisé peut ainsi (ou non) obtenir les délais de paiement prévus par ce texte.

Une réponse, ou plutôt un rappel intéressant, nous est fourni par l'arrêt rendu le 31 août 2011 par la Cour d'appel de Bordeaux qui, à l'occasion d'une affaire somme toute assez classique, nous conduit à en commenter la substance, à la lumière de l'examen rétrospectif (mais essentiel) de la jurisprudence. Dans cette récente affaire (CA Bordeaux, 2^{ème} ch., 31 août 2011, inédit, RG n° 10/02837), le franchisé avait cessé de régler les factures de redevances, donnant lieu à un arriéré de l'ordre de 26.000 euros, somme qu'après une mise en demeure sans résultat il était condamné à payer au franchiseur par une ordonnance d'injonction de payer à laquelle il avait donc fait opposition ; devant le tribunal de commerce, le franchisé était

débouté de sa demande d'obtention de délais de paiement pour n'avoir produit aucun document comptable en justification des difficultés financières invoquées.

Devant la cour d'appel, le franchisé justifiait d'un état d'endettement significatif tout en indiquant que cet endettement résultait, selon lui, d'une part, du désintérêt de son franchiseur pour le sort de son activité et, d'autre part, de l'absence totale de rentabilité de son entreprise, dont le chiffre d'affaires avait d'ailleurs régulièrement chuté et dont les résultats étaient demeurés négatifs depuis plus de 5 ans.

Pour débouter le franchisé de sa demande de délai de paiement et le condamner en conséquence au montant des sommes dues à son franchiseur (entre-temps réactualisées à plus de 45.000 euros), la cour d'appel relève que :

- « *l'endettement apparaît à travers l'en cours fournisseurs considérable au regard du type d'activité et un arriéré de loyer atteignant plus de 15.000 euros en septembre 2010* » ;
- « *la situation de cette entreprise, qui de son propre aveu ne survit que grâce aux apports en compte courant très importants de son gérant, relève d'une procédure collective et (qu') il serait tout à fait hasardeux et irréaliste de l'aider à la maintenir par des délais de paiement* ».

Autrement dit, la situation compromise du franchisé interdit par principe, selon la Cour, l'octroi de tout délai de paiement. L'enseignement à tirer de cette décision peut être complété utilement du rappel de la jurisprudence rendue en la matière qui, dans des circonstances assez différentes les unes des autres, rejette bien souvent de telles demandes de délai de paiement. Ainsi, notamment, l'application de ce texte doit être écartée :

- lorsque le débiteur a déjà bénéficié de larges délais de paiement (CA Nancy, 10 mars 2011, inédit, RG n°08/00652 ; CA Lyon, 8^{ème} ch., 16 nov. 2010, inédit, RG n°09/05606) ;
- ou qu'il n'est pas démontré que l'octroi d'un délai permettrait au débiteur de s'acquitter des sommes mises à sa charge (CA Montpellier, 4 janvier 2011, inédit, RG n°09/08199).

CA Colmar, 19 juillet 2011, R.G.n°09/00837*Absence de savoir-faire, nullité et requalification du contrat de franchise*

Le savoir-faire étant l'un des éléments essentiels du contrat de franchise, l'existence du savoir-faire est incontestablement une condition de validité du contrat de franchise, à l'instar des signes distinctifs et de l'assistance.

Aussi, l'absence de savoir-faire emporte-t-elle, lorsqu'elle est constatée, nullité pour absence de cause et par conséquent, notamment, restitution de l'intégralité des sommes perçues par le franchiseur depuis la signature du contrat (droit d'entrée et redevances, notamment). Il s'agit là d'une conséquence classique du prononcé de la nullité du contrat, les choses devant être remises dans l'état ou elles se trouvaient avant ledit contrat.

L'arrêt commenté se démarque de ce schéma classique : bien que constatant l'absence de savoir-faire, il écarte la demande de restitution.

Ayant constaté l'absence de savoir-faire du franchiseur, la cour d'appel énonce que le contrat est nul en tant que contrat de franchise.

La cour relève néanmoins qu'en vertu du contrat conclu, le « franchiseur » avait accompli au profit du franchisé certaines prestations dont la réalité n'était pas contestable.

La cour en conclut que, si le contrat est nul en tant que contrat de franchise, il est valable en tant que contrat d'entreprise. Les sommes d'ores-et-déjà payées au franchiseur sont donc conservées par ce dernier à hauteur de ce que la cour estime être un prix normal pour la mission accomplie. La décision est intéressante car elle mêle à la fois la nullité et la requalification du contrat pour ce qui concerne respectivement sa formation et les conséquences de son anéantissement.

CA Colmar, 19 juillet 2011, R.G. n°09/04846*Violation de la clause de non-concurrence et tolérance du franchiseur*

L'obligation de non-concurrence applicable pendant la durée du contrat de franchise constitue le plus souvent l'une des obligations essentielles du franchisé.

Lorsque la violation d'une telle obligation est constatée, le franchisé tente parfois d'échapper à sa responsabilité en invoquant deux types d'arguments : la tolérance du franchiseur à l'égard de la violation commise, d'une part, et la violation de leurs clauses de non-concurrence par d'autres membres du réseau, sans réaction du franchiseur.

L'arrêt commenté offre une illustration d'une telle démarche.

En l'espèce, le franchisé avait acquis et exploité un point de vente sous une enseigne concurrente de celle du franchiseur.

Le franchiseur – dont il était établi qu'il avait connaissance de cet état de fait depuis l'origine – ne s'était prévalu de la clause de non-concurrence qu'un an et demi après l'acquisition de l'établissement concurrent par le franchisé.

Après avoir vainement mis en demeure son franchisé de transformer l'établissement concurrent en établissement du réseau dans un délai de trois mois, le franchiseur avait résilié le contrat de franchise et assigné son ancien franchisé aux fins d'obtenir réparation de son préjudice.

Infirmant le jugement de première instance, la Cour d'appel de Colmar constate la violation de la clause de non-concurrence par le franchisé et rejette les arguments invoqués par ce dernier pour faire obstacle à sa condamnation.

La cour d'appel relève ainsi que si la tolérance passée du franchiseur à l'égard de la violation de la clause de non-concurrence était manifeste, « *cette tolérance ne conférait pas au franchisé un droit acquis à poursuivre indéfiniment l'exploitation concurrente* ». La cour relève en particulier que cette tolérance était due au projet du franchisé d'intégrer l'établissement concurrent au réseau.

L'argument relatif à l'exploitation simultanée de centres sous enseigne et de centres concurrents par plusieurs franchisés est également rejeté.

CONCURRENCE / DISTRIBUTION

Cass. com., 6 sept. 2011, pourvoi n° 10-17.963

Les ristournes conditionnelles peuvent figurer sur les factures

Les règles relatives à la facturation sont relativement nombreuses, et parfois complexes. L'article L.441-3 du code de commerce prévoit une liste des éléments devant obligatoirement figurer sur les factures (à ces règles, s'ajoutent celles prévues par d'autres textes, en particulier la législation fiscale, et notamment l'article 289 du code général des impôts).

Parmi les éléments qu'une facture doit comporter, figurent toutes les réductions de prix acquises à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liées à cette opération de vente ou de prestation de services.

Il s'agit ici généralement de ristournes conditionnelles (ristournes trimestrielles, ou ristournes de fin d'année « RFA » par exemple), c'est-à-dire de réductions de prix qui ne seront acquises (ou dont le montant ne sera fixé) que lorsqu'un événement futur et incertain se produira. Cet événement est généralement constitué par l'atteinte d'un certain chiffre d'affaires, ou encore par la réalisation d'un montant précis d'achats auprès du fournisseur qui consent la réduction de prix. Une fois l'acte déclenchant la réduction de prix intervenu, la réduction de prix devra figurer sur la facture.

Cette règle signifie-t-elle pour autant que toute réduction de prix figurant sur la facture est nécessairement acquise, ou au contraire le vendeur – bien qu'il n'y soit pas légalement contraint – peut-il faire apparaître sur sa facture une réduction de prix conditionnelle (en plus des éventuelles réductions de prix acquises à la date de la vente) ? Telle était la question posée à la Cour de cassation dans l'affaire commentée.

En l'espèce, un distributeur automobile, qui avait vu son contrat de distribution résilié par la tête de réseau, était assigné par celle-ci pour obtenir le paiement d'un encours non soldé. La tête de réseau réclamait à son ancien distributeur le paiement d'une régularisation de ristourne conditionnelle (dénommée « remise d'objectifs »).

En effet, le distributeur n'avait pas atteint les objectifs nécessaires à l'octroi de la réduction de prix, devait rembourser, par le biais d'une régularisation, les sommes qui avaient été déduites de ses factures par la tête de réseau au titre de la « remise d'objectifs ».

Le distributeur contestait la validité de cette pratique s'agissant des règles de facturation. Il soutenait que l'article L.441-3 du code de commerce disposerait que la facture ne peut mentionner que les réductions de prix acquises à la date de la vente, et en déduisait deux arguments alternatifs :

- dès lors que la « remise d'objectifs » figurait sur la facture, elle devait selon lui s'interpréter en une remise acquise, et ne devait donc pas être remboursée ;
- si la « remise d'objectifs » n'était pas considérée comme acquise mais comme conditionnelle, sa régularisation serait illicite puisque la remise figurait illicitement sur la facture initiale, et devait être annulée.

La Cour de cassation n'a pas retenu cette interprétation de l'article L.441-3 du code de commerce, en considérant que ce dernier, s'il impose la mention des réductions acquises à la date de la vente, n'interdit pas de faire également figurer sur la facture une réduction de prix conditionnelle.

Ainsi, la tête de réseau pouvait valablement exiger de son distributeur le règlement de la régularisation de la « remise d'objectifs », à laquelle il n'avait finalement pas droit en raison de la non réalisation des objectifs fixés.

Les entreprises, lorsqu'elles ne sont pas certaines du caractère acquis ou conditionnel des réductions de prix, pourront à l'avenir les inscrire sur la facture. Néanmoins, cette décision demeure critiquable au plan de la transparence dans la mesure où le prix indiqué sur la facture ne permettra pas un contrôle aisé du prix réel du produit ou service, certaines des réductions de prix étant susceptibles d'être ultérieurement remboursées.

Tribunal de l'Union européenne, 9 sept. 2011, affaire n° T-12-06*L'immunité totale refusée à l'entreprise dénonçant une entente, faute de coopération totale*

Les instances françaises et communautaires de la concurrence ont instauré des procédures de clémence, permettant aux participants à une pratique anticoncurrentielle qui la dénoncent aux autorités de concurrence, de bénéficier d'une immunité totale ou partielle.

Les autorités de concurrence entendent favoriser le recours à ces procédures, avec pour objectif de renforcer le sentiment d'insécurité des participants aux ententes. En effet, les ententes se trouvent fragilisées dès lors que l'un de ses membres peut à tout moment être tenté de s'en ouvrir à l'autorité de la concurrence concernée, afin d'éviter ou de limiter l'amende infligée, laquelle peut parfois porter sur plusieurs dizaines ou centaines de millions d'euros (en particulier s'agissant des ententes d'ampleur communautaire).

Néanmoins, un arrêt rendu par le Tribunal (de l'Union européenne) le 9 septembre dernier pourrait freiner l'ardeur des entreprises désireuses de recourir à la procédure de clémence. En effet, une entreprise ayant été la première à dénoncer un cartel à la Commission européenne en vue d'obtenir une immunité de sanction, s'est pourtant vue refuser cette immunité à l'issue de la procédure, et condamnée à une amende de 30 millions d'euros.

En réalité, cette décision constitue l'occasion pour le Tribunal de rappeler les conditions nécessaires à l'octroi de l'immunité et, en particulier, de souligner le fait que le comportement adopté par l'entreprise dénonciatrice pourra impacter cette demande d'immunité.

En l'espèce, l'entreprise qui avait formulé la demande d'immunité, et à laquelle la Commission avait confirmé qu'elle pourrait en principe en bénéficier, était tenue – en application des accords conclus avec la Commission – de maintenir secrète l'existence de sa demande d'immunité. Le caractère confidentiel de la demande devait ainsi permettre à la Commission européenne de procéder à ses investigations, sans que les autres parties à l'entente soient informées de celles-ci, et ne fassent disparaître les documents et contenus compromettants avant l'arrivée des enquêteurs de la Commission européenne dans les entreprises.

En dépit de cet engagement, l'entreprise, par l'intermédiaire de son dirigeant, avait fait part de l'existence de sa demande d'immunité à d'autres parties à l'entente à l'occasion d'une réunion d'une association professionnelle à laquelle elle participait. Les deux entreprises informées avaient alors immédiatement formulé des demandes de clémence auprès de la Commission européenne.

En raison de la violation des conditions nécessaires à l'octroi de l'immunité, et eu égard au fait que la divulgation de l'existence de la procédure de clémence est intervenue avant la réalisation des opérations de visites et saisies au sein des entreprises informées par l'entreprise en cause, la Commission européenne a informé cette dernière de son intention de ne pas lui accorder l'immunité d'amendes.

En considération de la place prépondérante qu'occupait l'entreprise sur le marché, de la nécessité de prévoir une amende dissuasive pour cette entreprise qui appartenait à puissant groupe multinational, et de la durée importante de l'infraction, le montant de base de l'amende avait été fixé à 60 millions d'euros.

Si le non-respect des conditions nécessaires à l'octroi d'une immunité totale ne permettait pas à l'entreprise en cause d'être exonérée de toute sanction, la Commission européenne a néanmoins pris en compte la coopération dont elle avait fait preuve pour réduire de moitié le montant de l'amende. En effet, la Commission a pris en compte le fait que l'entreprise avait contribué « de façon substantielle » à son enquête, et avait continué pendant toute la procédure, à l'exception des faits justifiant le refus de l'immunité totale.

En substance, le Tribunal confirme la décision de la Commission. Il conteste le caractère inévitable de la divulgation avancé par l'entreprise pour sa défense. Il considère également que l'entreprise a failli à son obligation de coopération totale permanente et rapide en divulguant aux autres parties à l'entente l'existence de sa demande d'immunité. Il relève à cet égard que la Commission européenne n'a pas été informée de ce fait, ni avant la divulgation, ni dans un court délai après cet événement : ces éléments auraient, semble-t-il, pu permettre de préserver l'immunité de sanction.

DROIT DES MARQUES

CA PARIS, 9 septembre 2011, R.G.n°10/10955

L'intérêt à agir en déchéance d'une marque

L'article L.714-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit qu'encourt la déchéance de ses droits « *le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* ».

La déchéance d'une marque est le plus souvent demandée reconventionnellement par le défendeur à l'action en contrefaçon dans le cadre d'une action en contrefaçon, elle permet ainsi au défendeur de faire tomber la marque qui sert de base à l'action. Encore faut-il établir un défaut d'usage i) pendant une période ininterrompue de cinq ans, ii) pour tout ou partie des produits et services visés dans l'enregistrement. Si le défaut d'exploitation ne concerne qu'une partie des produits et services, la déchéance ne sera que partielle et ne portera que sur lesdits produits et services, la marque pouvant être maintenue pour les autres. Il suffit que la marque ait été un minimum exploitée, pour échapper à la déchéance.

Dans cette affaire, la déchéance était demandée à titre principal, ce qui est peu fréquent, le demandeur ayant en effet initié l'action afin de libérer une marque qui antériorisait celle qu'il avait déposée postérieurement. Il sollicitait la déchéance partielle c'est-à-dire pour une partie seulement des services visés au dépôt.

La Cour d'appel de Paris était amenée à se prononcer sur l'appel formé contre le jugement ayant rejeté l'action. C'est la question de l'intérêt à agir qui était en cause dans cette affaire, davantage que la réunion des conditions de la déchéance. Les juges du second degré considèrent que l'appelante a effectivement un intérêt à agir en déchéance : elle établit qu'elle exerce effectivement sous une marque une activité couvrant des produits et services complémentaires voire similaires à ceux couverts par l'enregistrement de la marque dont elle poursuit la déchéance et qu'elle a intérêt à ne pas la voir entravée par la marque dont la déchéance est demandée.

Cass.com., 12 juillet 2011, pourvoi n°10-22.739

L'usage d'une marque comme titre d'une œuvre n'est pas une contrefaçon

L'usage de la marque d'autrui sans son autorisation ne constitue pas *ipso facto* un acte de contrefaçon. Outre le fait que la contrefaçon suppose que plusieurs conditions soient réunies, c'est en premier lieu l'usage dans la vie des affaires à titre de marque qui doit être vérifié. En effet, dès lors que le signe n'est pas utilisé dans sa fonction de marque, c'est-à-dire pour distinguer des produits et services, cet usage ne ressort pas du domaine de la contrefaçon.

Dans cette affaire, le titulaire d'une marque désignant un magazine dédié à la gente masculine, reprochait l'usage de ladite marque dans le titre d'un ouvrage consacré à un photographe. C'est sur le terrain de la contrefaçon qu'il entendait faire interdire l'usage de sa marque déposée pour désigner notamment les produits de l'imprimerie dont les journaux et les périodiques.

C'est à nouveau en ayant recours à la fonction essentielle de la marque que la Cour se prononce, sur le fondement des articles L.713-2 et L.713-3 du code de la propriété intellectuelle. La Cour rappelle ainsi que ce n'est que dans les cas où l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance.

Or, en l'espèce, le titre reproché visait à désigner une œuvre de l'esprit, matérialisée dans un ouvrage lui-même identifié par la dénomination de l'éditeur laquelle était seule de nature à constituer une marque et donc à en identifier la provenance.

ACTUALITE SIMON ASSOCIES

EVENEMENTS

SIMON ASSOCIES était présent au Salon de la franchise de Moscou.
du **21 au 23 septembre 2011**

SIMON ASSOCIES accueillera le **20 octobre 2011** une rencontre animée
par le Cabinet INLEX IP Expertise et la société LE PHARE
consacrée aux problématiques de l'intranet et de l'extranet pour les enseignes à réseaux.

[☞ Pour en savoir plus](#)

SIMON ASSOCIES sera présent au MAPIC du **16 au 18 novembre 2011**
au Palais des Festivals à Cannes.

Me François-Luc SIMON interviendra le **30 novembre 2011**
à la convention annuelle juridique de la FFF au sujet du projet de loi renforçant les droits, la protection
et l'information des consommateurs.

SIMON ASSOCIES organise le **1^{er} décembre 2011** une conférence,
en partenariat avec l'Observatoire de la Franchise, consacrée au rajeunissement des concepts.

Me François-Luc SIMON interviendra le **27 janvier 2012**
à la Cour de cassation dans le cadre d'un séminaire consacré à la franchise.

PUBLICATIONS

François-Luc SIMON : « Distribution alimentaire : ce que dit la loi Lefebvre »
[Franchise Magazine – 06 septembre 2011](#)

Flore SERGENT : « Franchise en Inde : succès croissant »
[Franchise Magazine – 06 septembre 2011](#)

Trois questions à Me François-Luc SIMON
(à paraître courant octobre à la « Semaine juridique - Entreprise et Affaire »)

François-Luc SIMON : le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs
(à paraître courant octobre à la « Revue Contrats Concurrence Consommation »)

CLASSEMENTS

Classements Legal 500 Paris 2011/2012
L'édition 2011/2012 du Guide Legal 500 Paris recommande SIMON ASSOCIES
en droit européen, concurrence et distribution.

Classements Décideurs 2011
Le département Franchise, Réseaux et Distribution de SIMON ASSOCIES est classé dans
la catégorie « Forte notoriété » en Droit de la Franchise et en Droit de la Distribution par le magazine Décideurs.